

## SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO

### SUBSEÇÃO I – DIREITO CONSTITUCIONAL

#### 1. ARTIGOS

##### 1.1 A TRANSCENDÊNCIA DA COISA JULGADA E A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito pela UGF-RJ

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ

Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior – Juiz de Fora-MG

**SUMÁRIO:** 1. Teorias legitimadoras do controle de constitucionalidade 1.1. A natureza da jurisdição constitucional (conceito, fins, funções e explicações plausíveis) 1.2. A jurisdição constitucional. 2. Teorias deslegitimadoras. 2.1. A defesa da Constituição 2.2. A dificuldade de defender o controle judicial das leis 2.3. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. 3. O problema da interpenetração entre direito e política – Constituição e democracia. 3.1. Direito e política – impera o direito sobre a política? 3.2. Relação entre Constituição e Democracia 3.3. A verdade moral da interpretação constitucional. 4. Controle de constitucionalidade e a transcendência da coisa julgada. 4.1. A ampliação do controle de constitucionalidade pela transcendência da coisa julgada. 5. Referências Bibliográficas.

#### 1. Teorias legitimadoras do controle de constitucionalidade

##### 1.1 A natureza da jurisdição constitucional – conceito, fins, funções e explicações plausíveis<sup>1</sup>

Em sentido amplo, jurisdição constitucional é todo procedimento judicial de controle de constitucionalidade dos atos estatais. Inclui todas as formas de controle (concentrado, abstrato, concreto e todos os órgãos judiciários). Dentre as funções da jurisdição constitucional, destacam-se: a) o pronunciamento sobre a repartição de competências legislativas; b) uma função política, ou seja, a de regular a distribuição do poder; c) função normativa própria, por via jurisprudencial, na produção da lei e do Direito Constitucional. Essa terceira função constitui-se naquela da criação de normas com valor constitucional, ou Direito Constitucional material-jurisprudencial<sup>2</sup>. Essa

---

<sup>1</sup> Sánchez (1998).

<sup>2</sup> Para Sánchez (1998), há uma característica da jurisdição constitucional, em virtude da qual, lhe parece

questão indica a transcendência da jurisdição constitucional, ou seja, a sua função de *interpretação criadora*, no plano constitucional, o que realça a questão da conciliação entre *justiça constitucional e democracia*, ou seja, o capital problema da legitimidade da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional aplica um procedimento judicial de controle. Isso implica operações de interpretação, apreciação e sanção. Essa última é a anulação do ato estatal questionado. Trata-se de um monopólio dos juízes. O ponto decisivo e de maior complexidade é o de interpretação do texto constitucional. Isso pressupõe um silogismo: uma norma constitucional, um litígio e uma conclusão ou decisão pela anulação ou validade da lei. O controle de constitucionalidade, entretanto, perde sua evidência, sob o peso de saber sob qual norma de referência, constitucional ou não, se efetiva o ato estatal submetido a controle. É possível que nenhuma das normas decisivas para o processo de controle forme parte da Constituição. É freqüente, inclusive, o uso de *normas não escritas*, dado que um bom número de direitos fundamentais são criações exclusivas da jurisprudência constitucional. Outro tanto ocorre com um bom número de *princípios e valores* ou com os intermináveis desenvolvimentos do princípio da igualdade. Essa complexa realidade constitucional apresenta questões cardinais reiteradas: a transformação do Direito Constitucional pela jurisdição constitucional e o problema da legitimidade democrática da ação das jurisdições constitucionais.

O controle que é próprio da jurisdição constitucional recai sobre atos estatais. Corresponde, entretanto, a cada ordem jurídica definir os atos submetidos a ela. Em primeiro lugar, estão submetidas às leis formais, bem como atos com força de lei (decretos legislativos, decretos-leis etc.); também o estão as *decisões judiciais*<sup>3</sup>. Nesse controle se encontram em choque duas funções clássicas do Estado: legislar e julgar. Os fins básicos desse controle são: depuração do ordenamento pela exclusão de normas inconstitucionais; purificação da lei; garantia dos direitos e liberdades fundamentais; arbitragem de conflitos e organização territorial do poder<sup>4</sup>.

Aos fins escritos da jurisdição constitucional, somam-se outros três fins não escritos: a) participação no processo legislativo; b) criação de normas no plano legislativo

evidente o poder normativo do juiz constitucional, caracterizado por cobrir dois níveis de criação (lei e processo de produção).

<sup>3</sup> Somente escapam a dito controle os atos das pessoas físicas ou morais atentatórios aos direitos fundamentais.

<sup>4</sup> Esses fins se entrelaçam e, em muitos casos, a função de controle de constitucionalidade das normas serve de instrumento à finalidade garantista de direitos e liberdades. O Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) apreciou, entre 1981 e 1991, matérias do sistema de fontes (com fim depurativo, tão somente), matérias de organização territorial do Estado, matérias de direitos e liberdades, com finalidade garantista. O TCE tem, assim, um fim depurador. Esse fim não é o predominante, porém, nas estatísticas do TCE, mas, sim, o garantista. O fim de garantir direitos fundamentais, então, torna-se convergente na jurisdição do TCE. Esse fenômeno também é corrente nos Tribunais da Alemanha, Áustria, Itália e França.

e judiciário; c) a constitucionalização de todos os ramos do direito. Esse último fenômeno caracteriza-se como uma *revolução jurídica*, no sentido da passagem do império da lei para a Lei Suprema e para o Constitucionalismo Normativo. Isso implica uma *metamorfose do direito*, por força da atuação da jurisdição chamada a defender a Constituição.

Para Hamilton (1993), a interpretação das leis é a própria e peculiar atividade dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental. Aos juízes cabe a determinação do seu significado. A supremacia do povo cobre a supremacia da Constituição, o que justificava o poder dos juízes frente ao legislador, cuja limitação, em um contexto de contenção da democracia, era desejável para os pais fundadores. Sieyès (1939) sustentou a necessidade de instituir-se um *national jury*. Para ele, o jurado constitucional seria um equivalente do Tribunal de Cassação, operando no Estado Constitucional. O constitucionalismo é representação. Os membros da nação devem limitar-se a eleger quem exercerá seus direitos reais, começando pelo direito de exercitar o poder constituinte. Em Kelsen (2003), o controle de constitucionalidade funciona como *limitação técnica* da jurisdição constitucional. Trata-se de uma medida técnica para assecuração do exercício das funções estatais<sup>5</sup>.

A *revisão judicial* impõe problemas, mormente no que diz respeito à invasão do poder legislativo pelo judiciário. O Tribunal Federal suíço, por sentença de 27.10.1990, impôs ao *Cantão de Appenzell* legislar a favor do sufrágio feminino. Igualmente, o Tribunal Constitucional alemão frequentemente define os limites dentro dos quais o legislador deve mover-se, encerrando o *Bundestag* em uma densa rede de regras. Igual fenômeno ocorre na Itália, com a emissão de sentenças-lei e *sentenças-endereço*<sup>6</sup>.

A justificação desses posicionamentos dá-se por enquadramentos como o do *constituinte secundário*, ou seja, por uma *teoria realista* de interpretação constitucional (MICHEL TROPER, 1975) para quem toda interpretação é criativa, ato de vontade pelo qual o intérprete recria o texto, o qual carece de sentido objetivo antes do labor interpretativo. A essas concepções, situam-se posições contrárias, especulando com o *paradoxo do juiz constitucional*: isso quer dizer que leis votadas por legisladores e que se presumem expressar a vontade do povo, devem ser submetidas a controle judicial. O juiz constitucional se encontra, então, obrigado a implantar posições antimajoritárias,

---

<sup>5</sup> A norma fundamental de Kelsen (2003) torna-se problemática como justificadora da legitimidade do Legislador Originário. A jurisdição constitucional teria por função apenas a de assegurar a regularidade das funções estatais; não para fazer valer a vontade do povo frente a seus representantes.

<sup>6</sup> O Tribunal Constitucional age, assim, como verdadeiro *legislador positivo* e como co-legislador. Esse fenômeno coloca-se como um dos problemas fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo, em virtude da expansão e potência das jurisdições constitucionais.

quando, por exemplo, deve proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra as lesões a ditos direitos que resultam da vontade da maioria parlamentar<sup>7</sup>.

Crisafulli (1978) afronta o plano da legitimidade das jurisdições constitucionais, afirmando que a plena legitimidade democrática não pode dar-se em favor de nenhum dos modelos de jurisdição constitucional. O Tribunal Constitucional encontra fundamento no *princípio democrático*<sup>8</sup>.

Outra ordem de argumentos está no aspecto dinâmico da jurisdição constitucional, adaptando-se à cambiante realidade. O conceito de *democracia contínua*, elaborado na França, por Dominique Rousseau, pressupõe, na atualidade, a aparição dos Tribunais Constitucionais. Essa democracia contínua dá espaço à participação popular, permitindo um controle contínuo e efetivo da ação dos governantes fora dos momentos eleitorais. O juiz constitucional é um dos representantes da democracia. A lei deve ser expressão da vontade geral e, assim, deve estar de conformidade com aquela vontade. Os juízes, por sinal, contribuem com a democracia, ao expressarem-se mediante a construção de uma jurisprudência<sup>9</sup>.

Esse posicionamento implica uma relativização da lei, voltada não à vontade parlamentar, senão como vontade geral, ou seja, como processo de depuração de interesses inconstitucionais. A lei passa a ser entendida não somente como ato do Governo e do Parlamento, mas, igualmente, como *comunidade de intérpretes da Constituição*, cujo canal é o juiz constitucional. A defesa dos direitos fundamentais constitui-se na obra base de apoio da jurisdição constitucional.

Esse posicionamento corresponde ao paradigma de Habermas (1999), pelo qual a comunicação e argumentação constituem-se em novos processos de legitimação e de modernidade. O direito legítimo é aquele surgido da formação da opinião e da vontade mediante a discussão entre cidadãos livres e iguais em direito. A lei é, então, fruto da vontade geral. A democracia passa a ser concebida como *comunidade de intérpretes da constituição*. A defesa dos direitos fundamentais constitui outra base capital de apoio da jurisdição constitucional na produção concorrente da lei e na *democracia contínua*. Há um enfoque para o *ativismo do juiz constitucional*.

Junto à explicação vazada na democracia contínua, uma outra explicação plausível é a da contextualidade. É dizer, a força do contexto determinado pelo poder criador do

<sup>7</sup> Contra esse posicionamento objeta-se que, quando o juiz constitucional anula uma lei por inconstitucionalidade, não incorre em paradoxo, senão, ao contrário, restaura a coerência entre a vontade suprema do soberano, fonte primeira do Direito, a obra dos seus representantes.

<sup>8</sup> Crisafulli (1978) admite um certo *deficit* de legitimidade constitucional, justamente, para que possa funcionar como controlador das Assembléias Legislativas.

<sup>9</sup> A existência da democracia constitucional modifica o conceito e a realidade da democracia no nosso tempo.

juiz constitucional não se equipara à mera influência da opinião pública. Para Sánchez (1998), com efeito, os problemas da natureza da jurisdição constitucional somente podem ser resolvidos a partir das explicações plausíveis expostas: o contexto de *instâncias múltiplas de interpretação constitucional* e a concorrência de intérpretes devem ser avalizados. A legitimidade última juiz constitucional está em que no exercício dessa jurisdição, realiza uma defesa da vontade do povo soberano. Essa palavra não é nunca a última. Pode ser modificada por reforma constitucional ou anulação. A *função criadora* do tribunal está em antecipar, por via da necessidade, normas constitucionais de reforma. O alargamento material da constituição, por via jurisprudencial, nunca pode cobrir uma constituição formal.

## 1.2. A jurisdição constitucional<sup>10</sup>

A garantia da constituição tem por fim o exercício regular das funções estatais. Legislação e execução não são funções que se repelem de maneira absoluta, como sendo a criação e aplicação do direito. O processo de criação do direito passa pelo direito internacional, pela constituição, e chega à lei e regulamento. A legislação, com relação à Constituição, é aplicação do direito.

A Constituição é norma geral, assim como a lei e o decreto. A sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. A regularidade, então, é o processo de aplicação e reprodução do direito, em correspondência com um grau superior da ordem jurídica. As garantias da Constituição se devem a questões teóricas e políticas. Nas monarquias constitucionais, por exemplo, a modificação da Constituição, sendo mais difícil, poderá implicar no deslocamento do poder. O monarca, assinando a lei, atestaria a sua constitucionalidade. A idéia da retirada dos órgãos de aplicação do direito o exame da constitucionalidade das leis, e de que se deve conceder aos tribunais, no máximo, o exame da regularidade da publicação das leis, e que a garantia da constitucionalidade está tutelada pelo chefe de Estado (monarca), tem origem na doutrina da monarquia constitucional.

A questão da garantia da Constituição (ou seja, da regularidade dos graus da ordem jurídica em relação de subordinação), pressupõe a noção de Constituição. Uma teoria hierárquica da ordem jurídica está em condições de proporcionar a resolução do problema<sup>11</sup>. A Constituição implica, então, no princípio supremo determinando a ordem estatal e a essência da comunidade constituída por esta ordem. Ela é, assim, o fundamento do Estado. A Constituição traça limites e princípios para o conteúdo das leis vindouras. Nela há uma regra de fundo (por exemplo, não se poderá votar leis que atentem contra o direito à liberdade). Assim, pode haver violação a ela

---

<sup>10</sup> Kelsen (2003).

<sup>11</sup> A noção de Constituição pressupõe a idéia de hierarquia das normas jurídicas.

quando se votam leis com diretivas contrárias ao seu conteúdo ou ao procedimento previsto para a criação da lei. Os atos individuais também podem ser contrários à Constituição. Se uma lei estabelece a expropriação, sem indenização, seria inconstitucional e ultrapassaria os limites traçados pela Constituição. É natural que se pusesse em movimento mecanismos contra atos ilegais dessa natureza. Os tratados internacionais também devem se conformar com a Constituição. Um tratado poderia ser inconstitucional por causa de seu conteúdo ou por causa do procedimento da sua elaboração. Se uma lei, mesmo que constitucional, contradiz um tratado, é ilegal<sup>12</sup>. São *garantias preventivas*<sup>13</sup> as que tendem a evitar a produção de atos irregulares e *repressivas*<sup>14</sup> as que se voltam contra o ato irregular já produzido. A anulabilidade é a possibilidade de que o ato desapareça, juntamente com suas conseqüências. A anulação de uma lei pode dar-se *pro futuro* ou ser precedida por uma *vacatio*.

A garantia da regularidade das funções estatais é representada pela anulação, a mais eficaz garantia da Constituição. Isso não importa em se considerar outros meios de assegurar a regularidade dos atos que lhe são subordinados<sup>15</sup>. Um *tribunal constitucional* é o órgão mais indicado para realizar o exame da constitucionalidade das leis votadas pelo Parlamento. A isso não se opõe a questão da soberania dos Poderes do Estado. É, ao contrário, uma afirmação deste princípio, pois, impede a concentração de poder. Um tribunal constitucional teria independência diante do Parlamento. O legislativo deve ser controlado pela jurisdição constitucional. A atividade deste órgão, como *legislador negativo*, está totalmente vinculada pela própria Constituição<sup>16</sup>. A organização da jurisdição constitucional deverá atender ao seguinte: o número de membros não poderá ser elevado<sup>17</sup>; o recrutamento deveria atender à eleição pelo Parlamento, após indicação pelo governo; a formação dos juízes deverá ser técnica sem descarte de membros escolhidos por critérios políticos.

As *leis inquinadas de inconstitucionalidade* são o objeto da jurisdição constitucional. Igualmente, todos os atos que se revistam da qualidade de lei (orçamento, por exemplo). Uma resolução, da mesma forma, se votada para impedir o controle de

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, uma lei que autorize a expropriação dos bens de um estrangeiro, sem indenização, seria inconstitucional.

<sup>13</sup> É preventiva a garantia sobre a organização de um tribunal. Esta organização, ademais, é a única forma de distinção entre jurisdição e administração.

<sup>14</sup> Por exemplo, a nulidade ou anulabilidade. Quanto aos atos das autoridades submetem-se ao princípio da auto-legitimação, ou seja, a sua regularidade ou irregularidade não deve ser decidida pelo cidadão, mas pela própria autoridade que o produziu. A nulidade dos atos irregulares é, em síntese, uma garantia da Constituição.

<sup>15</sup> Por exemplo, é pensável a responsabilidade civil ou penal da autoridade (chefe de Estado, Ministro) que pôs o ato. Igualmente, a responsabilidade pecuniária.

<sup>16</sup> Este tribunal seria como qualquer outro tribunal: aplica o direito e 'somente em pequena medida criação do direito'.

<sup>17</sup> Este tribunal deverá atender a uma missão puramente jurídica de interpretação da constituição.

constitucionalidade, deverá ser apreciada pelo tribunal constitucional. A competência dessa jurisdição também deve estender-se aos decretos. “O ponto central na determinação da competência da jurisdição constitucional é, de fato, delimitá-la de maneira adequada em relação à competência da jurisdição administrativa que existe na maioria dos Estados” (KELSEN, 2003)<sup>18</sup>.

Porém, apenas as normas jurídicas que emanam exclusivamente das autoridades públicas deverão ser apreciadas pelo tribunal constitucional<sup>19</sup>. Os tratados internacionais, igualmente, sujeitam-se àquele controle. Os atos jurídicos individuais, produzidos pelas autoridades administrativas não devem ser submetidos ao tribunal constitucional. Os atos individuais de chefes de Estado, porém, devem submeter-se ao tribunal. Este, por fim, poderia ser encarregado do julgamento de ministros de estado. As normas a serem apreciadas seriam as normas em vigor no momento em que se toma uma decisão. Uma norma já ab-rogada, porém, poderá ser declarada inconstitucional. Nos casos gerais, no entanto, somente uma *lex posterior* à Constituição deverá ser analisada quanto à inconstitucionalidade.

Os atos imediatamente subordinados à Constituição são aqueles que deverão ser sindicados. Uma lei ordinária que contrarie um tratado internacional, igualmente, pode ser declarada inconstitucional, isso pelo primado da ordem jurídica internacional. Ficam excluídas outras normas denominadas *suprapositivas*. Postulados que não foram incorporados às normas jurídicas não são juridicamente obrigatórios. Os princípios de justiça, liberdade, igualdade, etc., são *perigosos* e não acrescentam nada ao estado real do direito. Então, o tribunal não poderia anular uma lei sob a consideração de ser injusta<sup>20</sup>.

A decisão do tribunal constitucional deverá culminar com a anulação da lei. Nada impediria o decreto de anulação das normas num prazo fixado pela Constituição ‘porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos’. Não se deve atribuir efeito retroativo à anulação. O tribunal poderia restabelecer o direito antigo existente antes da anulação da lei. Este poder acentuaria o caráter legislativo de sua função. Poderá o tribunal anular a lei integralmente ou somente parte dela.

O modo de introdução do processo diante do tribunal poderia ser feito por ação popular, com o risco, porém, de assoberbamento das funções. Nesse caso, é pensável

---

<sup>18</sup> Para Kelsen (2003), deve ser atribuída à jurisdição constitucional a decisão da regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição.

<sup>19</sup> Seria o caso de controle, por exemplo, das tarifas públicas, os estatutos das sociedades por ações, contratos coletivos de trabalho etc., que somente se tornam obrigatórios mediante a aprovação por uma autoridade pública.

<sup>20</sup> A palavra justiça é imprecisa e equívoca.

a determinação às autoridades de submissão do caso ao tribunal, se duvidarem da constitucionalidade da lei a ser aplicada. Outra hipótese seria uma defesa indireta, ou seja, o particular provocaria o tribunal, no caso de sofrer a execução de uma norma irregular. Uma outra instituição seria pensável: a de um defensor da Constituição. A minoria do Parlamento igualmente poderia ajuizar a ação, sem descartar um procedimento *ex officio*.

Uma lei inconstitucional não pode restar obrigatória. O controle das leis é condição de existência do Estado. Quanto mais democrática uma sociedade, mais se aperfeiçoa o mecanismo de controle. Um tribunal constitucional pode tutelar suficientemente a minoria. Nos Estados federados, a jurisdição constitucional tem mais importância. Nele existe uma divisão de funções. Havendo descentralização, há distribuição de competências à União ou aos estados. Qualquer violação a esse preceito é uma violação ao fundamento do Estado federativo. O Tribunal Constitucional funciona assim como *instância objetiva* que decide as lutas de modo pacífico. Por ele, se impede a violação de competências.

## 2. Teorias deslegitimadoras

### 2. 3. A defesa da Constituição<sup>21</sup>

Os tribunais da jurisdição civil não são protetores da Constituição. A consideração dos tribunais como garantia da Constituição se explica, entretanto, pela lembrança do Tribunal Supremo dos EUA como uma espécie de *mito*. A função desse Tribunal não pode ser adaptada à situação sociopolítica de qualquer país europeu.

O Tribunal americano se limita a sentenciar determinados litígios (*case*), abstando-se de adotar critério político ou legislativo. Em momentos críticos, alguns precedentes daquele Tribunal (casos de escravidão, depreciação monetária etc.), revelaram que a autoridade do Tribunal Supremo dos EUA se viu ameaçada e as opiniões sobre as matérias não lograram aquiescência geral.

O direito de controle judicial exercido pelo Tribunal Supremo do *Reich* tem uma importância muito moderada, se comparada ao Tribunal Supremo americano. Por sentença, de 04. 11.1925, o Tribunal Supremo alemão decidiu que pode dar-se a não aplicação de determinada lei do *Reich* pelo juiz quando se encontre em contradição manifesta com outras normas precedentes que ele está obrigado a ter em conta. O preceito constitucional deve impor-se. Esse *procedimento de revisão* somente pode dar-se frente às leis simples do *Reich*. Não, porém, em respeito às leis de reforma da Constituição, ou seja, aquelas promulgadas conforme o procedimento do art. 76 do

---

<sup>21</sup> Schmitt (1998).



RV (*Reichverfassung* – Constituição do Império). O direito de controle, então, se move em estritos limites<sup>22</sup>, ou seja, trata-se de uma *competência ocasional* e que se realiza de forma *difusa*, eventual e incidente.

O Supremo Tribunal americano, por outro lado, defende princípios gerais e, portanto, trata-se de um Tribunal defensor da ordem social e econômica existente. No *Reich* alemão, o direito de controle se apóia em normas que permitem uma subsunção concreta. No campo do direito privado, por outro lado, permite-se ao juiz movimentar com mais liberdade, por exemplo, em virtude de *conceitos imprecisos*, como boa-fé, costumes mercantis etc., o mesmo se dando em matérias administrativas.

O problema do direito livre e da justiça criadora, é, antes, um problema de Direito Constitucional. O problema do controle judicial, assim, está na origem de uma *situação de necessidade* quando existam preceitos legais que as contradigam e o juiz esteja diante da necessidade de decidir o caso. Nem por isso, o poder judiciário se apresenta como protetor da Constituição<sup>23</sup>.

Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución (SCHMITT, 1998, p. 56).

O que pode fazer a justiça e até que ponto é possível organizar dentro dela, instituições especiais cujo sentido e fim seja a da garantia da Constituição? A criação de um Tribunal Constitucional teria por conseqüência uma *politização da justiça*. Para alguns autores, o controle judicial seria o único método adequado de proteção da Constituição. Um Tribunal Constitucional, porém, traria consigo uma limitação consistente na concentração em um só lugar de toda a difusa atividade de controle do estamento judicial, que resultaria, ademais, politicamente fácil de captar e de influir, o que equivaleria a *por o lobo cuidando das ovelhas*.

No século XIX, pensava-se numa proteção contra o Governo. Em câmbio, no presente, houve um giro ideológico de respeito à proteção da Constituição: pretende-se proteger contra a legislação imposta pela maioria parlamentar. O legislador, então, não pode se prestar à defesa da Constituição. A justiça, na prática, não seria um disfarce enganoso de outras atribuições de diversa índole, marcadamente política?

---

<sup>22</sup> Para Schmitt (1998), o caso decidido limita-se a um problema de colisão de subsunções de fato.

<sup>23</sup> Em um Estado que não é um mero Estado Judicial, não é possível que a justiça exerça semelhantes funções.

A justiça penal, pela qual poderia haver uma proteção da Constituição, e pela sua atuação repressiva e vindicativa, não resolve, porém, o problema: por consequência de seu tipo judicial esta proteção resta limitada a fatos ultimados e pretéritos e, assim, trata-se de um corretivo imposto *a posteriori*, visto que somente fatos inteiramente terminados podem subsumir-se à justiça penal.

Quanto à responsabilidade dos ministros, ela não pode ser detalhada, enquanto, pelos princípios do Estado de Direito, essa responsabilidade deva ser clara e precisa. Na Constituição de Weimar, a responsabilidade ministerial (art. 59) é ilimitada, podendo a acusação fundar-se não só na transgressão culpável daquilo que a Constituição teve por objeto, mas também a vulneração de uma lei qualquer.

Não há justiça independente sem sujeição à lei. O juiz não poderá tomar decisão em matéria política, que é própria do legislador, a menos que se altere sua posição constitucional. Um Estado sem divisão de poderes carece de Constituição. Uma sentença, igualmente, somente pode ter por base a lei. Uma sentença é uma decisão de um caso concreto, tendo por base uma lei.

Uma lei, porém, não pode ser protetora de outra lei. Uma lei mais débil não pode garantir outra mais sólida. Por outro lado, entre normas, é possível uma pugna que de alguma maneira tem que ser resolvida. Uma norma constitucional não pode ser protegida, por outro lado, por outra norma a ela superior. O direito constitucional *formalista* começa a fracassar aqui, onde começa o caso concreto.

Nas *questões* mais *difficeis* e de maior importância prática, a falta de clareza do texto legal ou sua contradição se contém dentro dos mesmos preceitos legais formulados na Constituição. É possível que existam *princípios contrapostos*, que resultam *imprecisos*. Nesse caso, não há uma possibilidade de gradação de normas e a colisão não pode resolver-se com a ajuda de uma hierarquia de normas.

Toda instância que põe fim a uma questão duvidosa realiza, de maneira efetiva, uma missão do legislador. E se resolve de modo indubitável o conteúdo duvidoso de uma lei formulada na Constituição, procede como legislador constitucional. Em toda decisão, por demais, existe um elemento de *decisionismo*, ou seja, a *autoritária eliminação da dúvida*.

Trata-se de um problema político o de estabelecer até que ponto pode-se encomendar instâncias já existentes ou a serem criadas, a missão de fixar de modo autêntico o conteúdo dos preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados na Constituição e de estabelecer um contra-peso ao legislativo. Isso demanda um sólido fundamento constitucional.

É fenômeno corrente o fato de que um órgão que tenha competência política estenda, ainda mais, sua influência e suas atribuições. Exemplo disso é o do Parlamento (*Reichstag*) de Bismarck, que, apesar de sua cauta regulamentação, pela Constituição de 1871, logrou, sob essa mesma Constituição, uma importância política maior do que se poderia retirar do texto constitucional.

A delimitação das *questões constitucionais* é tarefa preliminar, a fim de se entregar competência ao Tribunal Constitucional. Essa tarefa não poderia ficar a cargo do próprio órgão. De outro lado, é improcedente atribuir à Justiça certas funções que rebaixam o âmbito de uma subsunção real, ou seja, que transpassam as fronteiras estabelecidas pela sujeição a normas de conteúdo impreciso.

Em caso decidido em 17.02.1930, o Tribunal de Justiça Constitucional do *Reich* foi chamado a decidir a constitucionalidade de leis prussianas, sob as quais se suspeitava conflito com o princípio de igualdade de sufrágio, formulado na Constituição do *Reich*. Apesar da previsão no art. 22 da Constituição do princípio da igualdade, o Tribunal afirmou que certas modificações nesta igualdade seriam admissíveis, quando obedecessem a uma *necessidade* realmente *imperiosa*. Esse conceito, impreciso, constitui-se em sucedâneo da regulação concreta levada a cabo pelo legislador. Ainda, para o Tribunal, o legislador ordinário seria o encarregado de decidir se seriam admissíveis, e até que ponto, certos desvios dos princípios eleitorais de caráter particular. O Tribunal, ainda na sentença, afirmou que somente poderia pronunciar sobre a questão quando de um modo manifesto carecessem de toda justificação intrínseca das desigualdades e quando, sobre essas medidas, se pudesse afirmar, com segurança, que contradiziam a vontade dos autores da Constituição.

Com esse posicionamento, afirmou-se que a decisão sobre as imprecisões e incertezas se converte em missão do legislador, ficando subtraída a competência do Tribunal Constitucional<sup>24</sup>. A primeira questão sobre uma justiça constitucional consiste em estabelecer o que seja um *litígio constitucional*. Esse conceito deverá estar claramente definido na Constituição. Essa definição não poderia derivar de uma prática do Tribunal que desembocasse em arbítrio. Um litígio constitucional seria aquele que se produzisse entre as partes do contrato constitucional e do compromisso acerca do conteúdo dos seus pactos. Uma organização federada dos Estados, como na Alemanha de Weimar, pode demandar a criação de um *Tribunal Constitucional*. A ele compete o julgamento de litígios entre o *Reich* e os Territórios ou entre os Territórios mesmos, porque isso está inseparável da própria organização federada do *Reich*<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Assim, para o Tribunal, ele somente seria competente para as questões e *transgressões manifestas*. Não, porém, para os *casos duvidosos*. Manifestou-se na decisão, o seu aspecto decisionista.

<sup>25</sup> O Tribunal estaria, assim, defendendo a homogeneidade constitucional.

Seria litígio constitucional, igualmente, um pleito de uma associação religiosa, sobre a base de um título histórico e que invocasse preceitos da Constituição do *Reich*, formulando reclamação contra um Território. Em todo caso, a atividade do Tribunal de Justiça Constitucional deve patentear imediatamente e de modo específico a sua relação com a Constituição.

A Constituição de Weimar afirma a idéia da união indivisível do povo alemão. Nessa sociedade, entretanto, aparece uma *tendência pluralista*<sup>26</sup> que rebaixa as fronteiras dos diversos Territórios, sobretudo do *Reich*. O Estado passa assim a ser objeto de um compromisso com as entidades sociais que intervêm como promissários, o que vem passando despercebido à teoria política alemã atual.

No processo constitucional existe o fenômeno da coordenação entre as partes envolvidas e, nele, devem ser tidas em conta as peculiaridades sobre a legitimação ativa e capacidade das partes. As divergências de opinião e diferenças entre os titulares dos direitos políticos de caráter decisivo ou influente não podem resolver-se geralmente em forma judicial, salvo no caso de que se trate de castigar *transgressões manifestas da Constituição*.

Em um Estado de Direito que diferencia os poderes, parece oportuno não confiar a missão precipitada de garantir o funcionamento constitucional a um dos poderes existentes, porque e tal caso poderia haver um predomínio sobre os demais e subtrair-se a sua vez todo o controle, convertendo-se como consequência em árbitro da Constituição. Por causa disso, é necessário estatuir um *poder neutro* específico junto aos demais poderes e enlaçá-lo, equilibrando-o mediante atribuições especiais<sup>27</sup>. A teoria do poder neutro, tanto na ordem constitucional como na teoria política é uma doutrina de máximo interesse. Isso porque, a função peculiar de um terceiro neutro não consiste em uma atividade contínua, imperante e regulamentadora, senão fundamentalmente em uma atuação mediadora, tutelar e reguladora que somente em casos de necessidade se produz ativamente, porque não deve competir com os demais poderes realizando uma expansão do poder próprio e, ainda que em seu exercício, deve ser por natureza normalmente *serena e cauta*<sup>28</sup>.

Na Constituição de Weimar, a posição do Presidente do *Reich*, eleito pela nação inteira, somente pode constituir-se com ajuda muito desenvolvida de um poder neutro,

<sup>26</sup> Esse pluralismo se manifesta em grupos sociais, partidos, associações, com burocracias próprias, apoderando-se dos *recursos* de formação da vontade política. Esse fenômeno é descrito como *fragmentação pluralista* do Estado.

<sup>27</sup> Referência à doutrina de Benjamin Constant, desenvolvida a partir da luta sustentada pela burguesia francesa, para obtenção de uma Constituição liberal, frente ao bonapartismo e à Constituição monárquica.

<sup>28</sup> Para Schmitt (1998), justamente, com força na teoria do poder neutro, a maioria dos chefes de Estado dos séculos XIX e XX teve habilidade para situar-se atrás de seus Ministros sem perder sua própria autoridade.

mediador, regulador e tutelar. As atribuições do Presidente do *Reich* correspondem às atribuições formuladas por Benjamin Constant (1818), principalmente, uma independência frente ao *Reichstag*, mormente a proteção da Constituição.

Uma outra ordem de consideração deve ser tida em conta: tomando por base argumentos de Preuss, sustenta Schmitt (1998) o fenômeno da *desintegração*, própria do *Estado pluralista*. Nele, o presidente do *Reich* tem uma função de *potência mediadora*. Em um estado com a complicada organização do *Reich* alemão, e na situação concreta da vida constitucional, de estrutura federalista (o Estado é um ente pluralista e policrático), a função mediadora e reguladora do poder neutro adquire uma central importância que não se satisfaz com formalismos subalternos nem com argumentos procedentes da época monárquica, anterior à guerra. O poder neutro tem especial importância num estado pluralista de partidos e, em certo sentido, em certos Estados, o destino do Estado segue a sorte do chefe do Estado mesmo.

Dentro da sociedade pluralista, os órgãos legislativos são um reflexo da pluralidade de complexos sociais de poder organizados. Dentro de cada sociedade surgem, por assim dizer, espontaneamente, partidos políticos ou coalizões de partidos, aproximadamente equiparados em poder e que se equilibram. Os interesses, paixões partidárias e egoísmos se compensam mutuamente e criam um equilíbrio, com a particularidade de que um terceiro neutro e, nesse aspecto, débil em comparação com os outros complexos de interesses poderosos, em possessão de um certo espírito de objetividade, esteja em condições de inclinar a balança em favor do que seja relativamente justo e equitativo e de colaborar para o triunfo da razão<sup>29</sup>.

O surgimento da *burocracia política* põe de manifesto a grande transformação funcional inevitavelmente operada nesse setor. Na Constituição do *Reich* alemão, os serviços públicos são instituições profissionais e os funcionários, servidores da coletividade. Nela, o presidente do *Reich* é quem nomeia e destitui os funcionários. Somente há uma possibilidade imaginável de formação de uma *instância independente*, sem a qual não pode haver nenhum protetor da Constituição, sendo ela, por dizer, neutra. O chefe do *Reich* ou o monarca são dotados de suficiente independência para a defesa da Constituição. Ao primeiro, ela está assegurada pela eleição de todo o povo; ao segundo, a independência descansa na sucessão hereditária no trono e na inviolabilidade de sua pessoa<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Referência à doutrina de Stuart Mill, a partir de sua teoria liberal do equilíbrio, para quem na sociedade industrial os patrões e os obreiros constituem dois grupos que se compensam mutuamente e, por isso, resulta possível uma decisão neutra.

<sup>30</sup> A independência dos magistrados não é aqui tida em conta. Não é a única forma de atribuir-se neutralidade, nem mesmo com a prerrogativa da vitaliciedade. Para o Autor, um colégio integrado por juízes profissionais com garantias de independência judicial e inamovibilidade, aparece naturalmente como uma instância independente, porém, facilmente se incorre no erro de considerá-la despolitizada de todas as questões ou litígios constitucionais. Quando tais questões se demandam a um Tribunal de Justiça Constitu-

Tanto a justiça como os serviços públicos resultam sobrecarregados de modo insuportável, quando sobre eles se amontoam obrigações e resoluções políticas, para as quais se solicita uma independência e neutralidade com respeito à política de partidos. Nenhum formalismo judicial poderia encobrir o fato de que um Tribunal Constitucional viria a ser uma instância política suprema com atribuições para formular preceitos constitucionais. Isso significaria algo apenas imaginável desde o ponto de vista democrático: trasladar tais funções para uma *aristocracia de toga*.

O fundamento democrático do cargo do Presidente do *Reich* se apóia nas seguintes considerações: a independência dos juízes não tem, em relação ao Estado atual, a missão de criar um titular para a geração autêntica da vontade do Estado, senão a missão de delimitar e assegurar, dentro de um sistema estatal ordenado, uma esfera de justiça sujeita à lei. O Presidente do *Reich* encontra-se no centro de todo o sistema constituído de neutralidade e independência em respeito aos partidos políticos. Antes de instituir um Tribunal para questões ou conflitos de alta política, como protetor da Constituição, antes de gravar e colocar em perigo a Justiça, com essas *contaminações políticas*, melhor seria recordar o conteúdo da Constituição de Weimar e de seu sistema de preceitos. Segundo o conteúdo efetivo dessa Constituição, existe um protetor da Constituição: o Presidente do *Reich*.

Tanto por sua estabilidade e permanência (mandato de 7 anos, empecilhos à sua revogação, independência quanto às maiorias parlamentares) como também por suas atribuições (inclusive a faculdade de dissolver o *Reichstag* – art. 45 RV) e a proteção da Constituição (art. 48 RV), existe um defensor da Constituição e ele corresponde ao Presidente do *Reich*. Ele está obrigado a realizar a salvaguarda da Constituição. Esse fundamento descansa sobre o princípio democrático da Constituição de Weimar. O Presidente do *Reich* é eleito pelo povo alemão inteiro e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos são por natureza uma *apelação ao povo*. Ele é um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder, garantindo uma unidade do povo como conjunto político.

A Constituição procura dar ao Presidente do *Reich* possibilidades de enlaçar-se de modo direto com a vontade política do povo e para proceder como defensor da unidade constitucional e da integridade da nação. Sobre o êxito desse intento, há de se fundamentar a existência e permanência prolongada do chefe de Estado.

---

cional, se esquece na maioria dos casos que a independência judicial não é mais do que a sujeição dos juízes à lei, porém, a Constituição não pode impor em geral semelhante sujeição. O fato de se exigir cada vez mais garantias para os juízes profissionais e da criação de um Tribunal Constitucional, nada mais significa do que a perseguição, frente aos apetites e negócios da política de partidos, uma instância neutra e política, criando uma certa permanência, ou seja, uma estabilidade.

## 2.2. A dificuldade de defender o controle judicial das leis<sup>31</sup>

Hamilton (1993) procurou defender o controle de constitucionalidade, em um trabalho conhecido como *O federalista*. Porém, enfrentou dificuldades que se vinculavam à resposta aos seguintes indagativos: a) como pode ser que os juízes tenham a capacidade de reverter decisões tomadas pelo poder legislativo, ou seja, pelos representantes da cidadania? b) como pode a voz dos juízes prevalecer sobre a voz da cidadania, se não são eleitos por escrutínio popular? Hamilton (1993) negou as implicações antidemocráticas desse tipo de controle. O poder judicial, afirmava o autor, de negar validade às normas legisladas não implica a superioridade dos juízes em respeito aos legisladores. Ao contrário, a decisão de anular uma lei vem afirmar, justamente, o peso da vontade popular. O poder judiciário, assim, ratifica a supremacia da Constituição. Os juízes devem governar pela Constituição. Suas decisões deverão estar pautadas pelas normas fundamentais<sup>32</sup>.

Há razões para contradizer os argumentos de Hamilton (1993), em favor do controle judicial. Não é verdade que a Constituição reflita a vontade do povo. Isso pode ser demonstrado com uma investigação histórica. Boa parte do povo americano, na época da redação da Constituição, estava excluída (pense-se nos escravos, nas pessoas de cor, nas mulheres etc.), sem contar que os constituintes estão distantes de representar a cidadania, ou parecem representá-la em um primeiro momento, mas logo se distanciam dela. Bruce Ackerman (1984) desenvolveu o *argumento intertemporal*, pelo qual a sociedade se autoconvocou para reflexão acerca do melhor modo de organizar-se. Não se pode valorizar como equivalentes uma Constituição surgida da deliberação pública e uma lei surgida do calor de pressões e circunstâncias. A Constituição tem maior peso. Porém, por que não se pode pensar que, com o passar do tempo, não poderemos encontrar um outro consenso popular profundo e meditado? Como pode prevalecer a vontade de determinados indivíduos (talvez já mortos) sobre a vontade da cidadania? Os juízes deveriam negar valor, então, às normas que contradissem os acordos sociais aparecidos logo após a própria Constituição. Uma terceira crítica pode ser endereçada ao controle judicial das leis: o argumento da interpretação: uma defesa do controle judicial pressupõe o caráter não problemático da tarefa de interpretação, ou seja, que essa é uma tarefa automática. Os juízes, porém, realizam mais do que uma mera leitura da Constituição e, em alguns casos, incorporam nesse texto, soluções normativas. Tome-se, por exemplo, o caso do aborto. A Constituição nada diz sobre ele, como o faz sobre outras extensas matérias. Nesse caso, não é possível que os juízes simplesmente assinalem qual tenha sido a vontade dos Constituintes e, assim, os juízes decidem em nome e em lugar da cidadania<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Gargarella (1997).

<sup>32</sup> Para Hamilton (1993) a capacidade judicial de anular normas legislativas respondia a uma prática de assegurar a proteção das maiorias. Perigo existiria na promulgação de leis contrárias à Constituição. Esses argumentos foram retomados no caso *Marbury v. Madison* (1803).

<sup>33</sup> São os *casos difíceis*, nos quais falta uma consideração constitucional explícita.

Por outro lado, a Constituição pode fazer referência a uma determinada solução normativa, porém, frente a um caso concreto, não se sabe qual interpretação é exata. A *liberdade de expressão*, por exemplo, é garantida por qualquer Constituição. Como seria resolvido o caso em que uma defesa do terrorismo pudesse ser feita pela imprensa? Igualmente, o direito de publicações pornográficas ou sobre a divulgação de um *segredo de estado* (pense-se na revelação da fórmula de um artefato nuclear). Ou seja, frente a casos concretos, os artigos mais claros da Constituição tornam-se relativamente imprecisos<sup>34</sup>. É difícil escapar à crítica do *caráter contramajoritário* das decisões judiciais. Por que temos que aceitar a primazia da interpretação e decisão final dos juízes acerca das questões constitucionais básicas?

Algumas justificações ao poder judicial de revisão são as seguintes. Justifica-se o papel revisor dos juízes, devido à crise dos órgãos majoritários. Assim, o Legislativo e o Executivo não representam adequadamente a cidadania. As leis respondem mais a interesses e pressões de determinados grupos. A decisão judicial vem a remediar a falta de imparcialidade que afeta as decisões legislativas. Esse argumento é tido por Gargarella (1997) como débil: se há uma crise de legitimidade dos organismos políticos, devem eles ser aperfeiçoados; não, porém, rechaçá-los. O poder judiciário, por outro lado, não se encontra completamente alheio ao tipo de defeito que se adjudica aos poderes políticos. As decisões dos juízes podem ser prolatadas por interesses deles. Além disso, esse poder não se encontra livre de pressões. Nos países latino-americanos, em geral, o poder judiciário é criticado por sua falta de independência em relação a outros órgãos políticos. Outra argumentação em prol da *judicial review* é a da proteção dos direitos das minorias: como nossa democracia se orienta naturalmente a satisfazer as pretensões das maiorias, necessitamos de procedimentos que ajudem a salvaguardar os direitos das minorias. Ao juízo de Gargarella (1997), esse argumento constitui-se numa defesa mais ou menos *pobre* da tarefa dos juízes. Não há qualquer conexão em possuir um órgão judicial contramajoritário e assegurar uma melhor proteção dos direitos dos imigrantes, dos homossexuais e das minorias religiosas. O outro argumento é o da imparcialidade: na democracia representativa, os juízes estariam em condições de apresentar decisões fundamentadas e imparciais, principalmente, isentas de pressões eleitorais. Esse argumento é tachado de elitista. Nada garante que uma decisão isolada do juiz em matérias constitucionais configuraria uma decisão mais imparcial do que em discussões coletivas. Pelo contrário, é justamente em decisões constitucionais mais básicas que se requer um amplo processo de consulta e discussão.

Com esses argumentos, procura Gargarella (1997) salientar as debilidades dos argumentos em prol do *control judicial* da defesa do rol que assumem os juízes na revisão

<sup>34</sup> A concessão de tamanhos poderes aos juízes, que, então, pela interpretação constitucional, passariam a ditar qual a sua correta interpretação foi denominada por Alexander Bickel ( ) como tendo um *caráter contramajoritário*. Assim, se é que algum órgão do governo tem de interpretar a vontade popular, porque não confiar essa missão aos órgãos de representação popular?



da constitucionalidade das leis. Sua crítica está concentrada sobre o tipo de questões constitucionais que se deve decidir, bem como se conservam, realmente, os juízes, a *última palavra* institucional. Os ataques ao controle de constitucionalidade e à revisão judicial repetem-se em *La revision judicial y la difícil relación democracia-derechos* (GARGARELLA, p. 173-201) aparece uma concepção elitista do constitucionalismo americano. Para os seus autores, poucos homens, especialmente ilustrados, podem representar de maneira adequada os interesses gerais da sociedade. Havia, na obra, fortes restrições contra a capacidade das assembleias majoritárias como fontes do conhecimento político ou moral. Somente uma minoria estava suficientemente capacitada para detectar as *primeiras verdades* que deviam guiar os destinos dos demais que deviam, assim, padecer de *defeitos perceptivos*. Uma reflexão individual permite evitar todos os inconvenientes que são inerentes à discussão majoritária, quando se trata de reconhecer direitos. Quando aumenta o número de indivíduos que discutem, diminui-se a possibilidade de atuação da razão.

Afirmava Madison (1993) que as diferenças entre as pessoas são muito maiores quando se tem em mira seus próprios interesses, principalmente econômicos. Essa desigualdade na distribuição da propriedade é a principal fonte de enfrentamento entre as pessoas. No *caso Shay*, por exemplo, um ex-capitão do exército revolucionário, comandando mil e duzentos homens, levantou-se em armas e resistiu contra o exército de Lincoln<sup>35</sup>.

É inevitável que os homens tenham distintas opiniões e é inevitável que se enfrentem a partir dos seus próprios impulsos e suas paixões. Essas causas de espírito de facção não podem suprimir-se. Então, ao fim do século XVIII, resultou um motivo determinante para impulsionar mecanismos de controle judicial das leis e da preservação de uma certa estrutura da propriedade, como contenção ao *transbordo legislativo*. O objetivo em *O federalista* era o de evitar a formação de facções e impedir possíveis desvios dos órgãos legislativos. Com isso, sobressai a atuação dos órgãos judiciários e da sua *feição elitista* com que se procurou distinguir o Poder Judiciário. Assim, somente uma elite ilustrada poderia melhor discernir quais eram as verdades preferenciais da cidadania. Dentre essa elite, sobressai o Poder Judiciário.

Jefferson (1993) considerava que as instituições de governo deviam ser configuradas segundo os melhores critérios da razão<sup>36</sup>. Defendia a virtude do sistema representativo e, em particular, a necessidade de um poder judiciário capaz de conter os possíveis *transbordos do legislativo*. Jefferson (1993) foi um crítico da atividade judiciária. Para ele, o Poder Judiciário balançava permanentemente as bases do sistema institucional. Afirmava ele: “*La Constitución es un objeto de cera en manos e los jueces, al que pueden torcer y dar forma del modo en que prefieren*”.

---

<sup>35</sup> A insurreição estava voltada contra a taxação do governo e contra as dívidas dos camponeses.

<sup>36</sup> Para Jefferson, o homem poderia ser governado pela razão.

Uma declaração de direitos inalienáveis foi necessária na Constituição americana para fazer frente a qualquer tendência aristocrática nas condutas de qualquer grupo que acedia ao poder. Esse era o conteúdo da Declaração de Direitos da Virgínia: “Todos os homens são por natureza livres e independentes, e possuem certos direitos que lhes são inerentes, dos quais não podem ser privados”. Entre esses direitos, o direito à vida, à propriedade, à posse, à liberdade etc.

Jefferson (1993) foi ferrenho defensor da inclusão de uma declaração de direitos na Constituição. Esses princípios seriam a liberdade religiosa, de imprensa, a proteção do *Habeas Corpus*, o Juri e outras limitações frente às forças armadas<sup>37</sup>. A questão a ser enfrentada, constitui-se em indagar se existe algum modo de fazer compatíveis as idéias de *democracia e direitos* ou, pelo contrário, se devemos aceitar que algumas de tais idéias têm preferência sobre as restantes. Essa indagação possui três possíveis respostas: a noção de democracia pressupõe certos direitos que devem ser respeitados; não há direitos *a priori*, mas, somente, um processo aberto de discussão pública; por último, é possível a postura que parte dos direitos, para justificar, após, o sistema político democrático.

John Ely (1980) afirmou que eram os representantes do povo aqueles que, em primeiro lugar, tomariam a carga a tarefa de identificação e preservação de específicos valores substantivos. Além disso, a Constituição se ocuparia de estabelecer certas pautas procedimentais de cumprimento inexorável. Assim, são os representantes da cidadania aqueles que devem determinar os princípios a partir dos quais a sociedade deve reger-se. Sem embargo, na Constituição também se encontra a forma, o processo democrático a fim de que esse fim possa alcançar-se<sup>38</sup>. Ely (1980) sustentava a necessidade de garantir a defesa de direitos.

Voltando a Jefferson (1993), ele afirmava que nada há de mais importante para o homem do que o direito ao seu autogoverno. Essa afirmação encontra antecedentes desde as origens do constitucionalismo americano. Por outro lado, a idéia de que temos certos direitos provém do valor que damos à possibilidade de nosso autogoverno. Nesse sentido, a negação do direito à liberdade de religião, ao direito de não sermos discriminados etc., constitui-se em ofensa àquela aspiração (direito ao autogoverno). Ao sustentar essas idéias, há carecimento de se enfrentar outros numerosos problemas: definir de modo mais preciso o que é, em essência, a autonomia; fundamentar o *salto lógico* entre aquela descrição e a prescrição de que devem ser consideradas valiosas todas aquelas medidas que contribuam a satisfazer nossas aspirações de autodeterminação.

<sup>37</sup> Esses direitos seriam inalienáveis.

<sup>38</sup> Os juízes deveriam intervir como *outsiders* em respeito ao sistema político. O sistema de Ely (1980) torna-se criticável, porém, por ausência de um substrato filosófico.

O sistema constitucional atualmente vigente, com seus mecanismos de *freios e contrapesos* com suas múltiplas instâncias para a discussão e avaliação de normas, resulta adequado para satisfazer os propósitos que parecem animar a justificação do problema entre democracia e direitos?

### **2.3. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã<sup>39</sup>.**

Por parte da população, acompanha uma representação da justiça que ganha contornos de *veneração religiosa*. Essa percepção é seguida de uma ampliação objetiva das funções do Judiciário com o aumento do poder da interpretação e, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais.

Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de Direito, sendo tratada como uma posição *exótica*. Nos EUA a jurisdição constitucional revela-se como a *imagem do pai* e aparece pelo surgimento de vasta literatura a respeito da biografia dos juízes. Os juízes constitucionais aparecem como profetas ou deuses do Olimpo do Direito. Esse *biografismo* configura a idéia de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juízes.

Na Alemanha, encontram-se equivalentes dessa perspectiva. De acordo com Kaufmann (1927), nenhum parlamento com capacidade para debate poderá funcionar como substituto da figura do pai. A justiça é muito mais do que uma ordem superior que se apresenta para a consciência jurídica mediante o *receptáculo puro* que é o juiz. Uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa.

Dworkin (1986) é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. As perspectivas morais e os princípios são, para ele, imanentes ao conceito de direito, mesmo que não encontrem apoio no texto legal e devem orientar, desde o início, o trabalho decisório judicial. Essa teoria, entretanto, encobre um *decisionismo judicial* e a relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Para Dworkin (1986), o juiz é capaz de dizer a respeito do que seja o conteúdo objetivo da moral social. Quando a justiça ascende, porém, ela própria, à condição de mais alta *instância moral da sociedade*, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social. Não será a justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?

---

<sup>39</sup> Ingeborg (2000, p. 223).

Sieyès (1968) elaborou de forma radical a proposta do *domínio da lei* em lugar da decadente idolatria absolutista. Essa afirmação encontra correlação na premissa fundamental de que só se pode considerar como lei aquilo que o povo decidiu para si mesmo. O cidadão pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe: nessa concepção pronuncia-se uma suposição básica em favor do cidadão. O espaço original da liberdade dos cidadãos permanece tanto maior quanto menor for o proibido. É de exigir-se, então, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambigüidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível.

Na Revolução Francesa introduziu-se a exigência de que os juízes deveriam ante a incerteza da lei, recorrer à interpretação autêntica do legislativo. Em Montesquieu (1951), surge a afirmação de que, sob a forma de governo republicano, a essência da Constituição consiste no fato de que os juízes devem observar a letra da lei. A vinculação do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação ressalta o *primado do legislativo* sobre os demais poderes do Estado e tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo.

A introdução de pontos de vista morais e valores na jurisprudência não só lhe confere mais grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como, também, conduz a uma liberação da justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular.

Toda menção a um dos princípios superiores ao direito leva, quando a Justiça os invoca, à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma *inusitada*. O âmbito das proibições legais é enriquecido por pontos de vista morais. Somente *a posteriori* por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi proibido apreendendo a deduzir para o futuro o permitido a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam em produto de decisão judicial, fixados caso a caso.

Essas inversões das expectativas de direito ocorrem também mediante a própria estrutura legal na multiplicação de conceitos de teor moral, como má-fé, sem consciência, censurável, que não derivam de uma moral racional <sup>40</sup>. A expectativa de

<sup>40</sup> Referência da autora ao caso denominado *Sitzblockade*. Nele, manifestantes que se utilizaram do bloqueio de caminhos públicos, como estradas de ferro, rodovias, ruas etc., com o objetivo de chamar a atenção e protestar sobre questões que envolviam o meio ambiente, notadamente, no caso de transporte de material radioativo. Sobre tais movimentos, decidiu o TFC alemão em 11.11. 1986, confirmando decisão do Tribunal Federal, no sentido de que esse recurso constituía uso de violência nos termos do art. 240 do StGB (*Nötigung* – constrangimento ilegal). Posteriormente, com decisão de 10.01.1995, o TFC modificou seu entendimento para declarar inconstitucional a decisão anterior do TF, ao fundamento de que as manifestações (bloquear sentado – *Sitzblockade*), não constituíam violação do StGB, mas simples contravenção, punível com multa.

funcionamento da justiça, como instância moral manifesta-se também na permanência de uma certa confiança popular. A Justiça aparece como uma instituição que, de forma neutra, auxilia as partes envolvidas nos conflitos, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.

A ascensão do TFC alemão à condição de *censor ilimitado do legislador* ocorre, pelo fenômeno descrito por Luhman (1983), do crescente *animus litigandi* afetando os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos de vista morais em favor do aparato estatal. Assediado pelas oposições, o TFC alemão procede à sua auto-reprodução e gerencia a *mais valia* que de longe supera suas vastas competências constitucionais.

O TFC afirmou que seus parâmetros de controle de constitucionalidade não deveriam ser pautados pela Constituição, podendo ultrapassar seus horizontes. Direitos anteriores à Constituição vinculam o próprio legislador constitucional podendo tornar nulos outros dispositivos constitucionais que contra si atentem e não participem da mesma hierarquia. A competência do TFC deriva, assim, de princípios suprapositivos e não da própria Constituição. Libera-se ele, então, de qualquer regra constitucional, enquanto submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada.

O Tribunal, assim, age *legibus solutus* como o monarca de outrora: disfarça seu *decisionismo* sob o manto de uma ordem de valores submetida à Constituição que se torna texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos, praticando uma teologia constitucional.

A ascensão da justiça à última instância de consciência da sociedade é acompanhada, no séc. XX, em alguns Tribunais, por um método de aplicação do direito que, em face das representações de Montesquieu (1951), não somente as corrige em seus momentos ilusórios, como as inverte detalhadamente. As leis são consideradas como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as diferentes *densidades regulatórias*. A metodologia jurídica predominante faz desaparecer o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da escolha pelo juiz do próprio *método adequado*.

Na fase inicial e glamorosa da justiça alemã, prevalecia o princípio intocável da aplicação formalista do direito. Assim, a justiça conseguiu limitar o autoritarismo patrimonial do príncipe por meio do formalismo jurídico. Com a República de Weimar, a vinculação entre legalidade e independência do judiciário ganhou uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. Exigências políticas

corporativas transformaram essa independência em fetiche, ao negar sua vinculação com a legalidade. Nessa época, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei. De um lado, defendia-se a liberdade judicial diante da lei, apoiando a possibilidade de um *controle difuso* por parte dos tribunais; de outro, apoiava uma expansão metodológica que permitisse à justiça decidir se no caso concreto, convinha referir-se à lei ou a pontos de vista e premissas próprios. Nesse sentido, passava ela a decidir não em *nome do rei* mas em *nome do povo*.

Os juízes reagiram à sua própria redução de atuarem como serviçais em nome das normas. As teorias do direito livre postulavam a possibilidade de decisão baseada em norma positiva como exceção e os protagonistas da Associação dos Juizes redefinindo o conceito de vinculação à lei, como ambição de flexibilização do direito. A justiça passa a ser o censor dos excessos do Parlamento no entrechoque de impulsos sociais.

As *exigências do sistema nazista*, igualmente, ligam-se à autocompreensão desenvolvida pela justiça, antes de 1933. A Comunidade alemã comporia uma comunidade de povos na qual as divisões de classe estivessem superadas. O nazismo teria construído um sistema de valores unitários. O juiz torna-se-ia protetor dos valores de um *são sentimento do povo*, cláusula introduzida no Direito Penal alemão. Nesse sistema, o juiz deveria libertar-se da literalidade do direito positivo. O juiz seria a corporificação da consciência viva nacional.

Na República Federal alemã atual, o papel de *imperador substituto* parece ter sido assumido pelo TFC. A libido da sociedade deslocou-se da chefia do executivo para a cúpula do judiciário. A justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória, relativizando matérias legais isoladas e apelando para convenções morais e valores.

A transformação da Constituição em uma *ordem de valores* confere às determinações constitucionais individuais (por meio da abertura das formulações), grande imprecisão, capaz de suprir e ampliar os princípios constitucionais positivados. As garantias constitucionais escritas são contrapostas desse modo à reserva das idiossincrasias não-escritas do aparato econômico e político. Além disso, o TCF utiliza outros critérios de verificação, como o apego às suas próprias decisões, considerando, ainda, que as restrições de direitos fundamentais por via do sopesamento de valores, referem-se somente às peculiaridades do caso concreto de modo que podem ser determinadas de outra forma em circunstâncias diferentes.

Com a apropriação dos *espaços jurídicos livres*, por uma justiça que faz das normas livres e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal que, na sociedade marcada pela *delegação do superego*, localiza-se na

*administração judicial da moral*. A usurpação da política da consciência não conduz à socialização da justiça, mas a uma funcionalização das relações sociais.

### 3. O problema da interpenetração entre direito e política – constituição e democracia

#### 3.1. Direito e política – *impera o direito sobre a política?*<sup>41</sup>

O direito não deve reger a política, nem a política deve reger o direito. Para Dworkin (1999) há, entretanto, uma Constituição verdadeira em cuja interpretação deve esforçar-se a política democrática. Ou seja, sua concepção acentua o *direito objetivo*. Para Habermas (1999), de outro lado, são acentuados os *procedimentos democráticos* que se erigem através do direito e nos quais ele se conforma<sup>42</sup>.

Os argumentos centrais de Habermas (1999) sobre o Direito e o Estado estão contidos em *Faticidade e Validade*. Afirma o autor que, desde o século XIX, na Alemanha, surge uma tradição muito forte de Estado de Direito e a idéia de que se pode ter um Estado de Direito, sem democracia. Habermas (1999) opõe-se a essa idéia: o Estado de Direito é incompleto, sem uma participação democrática real dos cidadãos.

Em relação a decisões do Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), sobre a reforma do art. 218 do Código Penal, permissiva do aborto e, sobre a sua constitucionalidade ou não, ressurgem a questão sobre se o direito rege a política, ou, pelo contrário, se a política rege o direito<sup>43</sup>. No âmbito do Parlamento, a reforma contou com maioria. Porém, o Tribunal Constitucional Federal declarou a reforma inconstitucional, em partes essenciais. Ou seja, firmou o entendimento de que em uma Democracia, as decisões políticas devem estar pautadas pelo respeito a certos direitos fundamentais, ou seja, aqueles previstos na Constituição.

<sup>41</sup> Habermas; Dworkin (1999).

<sup>42</sup> Para ambos, entretanto, permanece a idéia de uma relação de tensão produtiva entre direito e política.

<sup>43</sup> Pelo art. 218 do CP alemão, o aborto é punível com pena de prisão (*Freiheitsstrafe*) até três anos ou multa (*Geldstrafe*). A interrupção ocorrida antes do alojamento do produto da concepção (óvulo) no aparelho reprodutivo da mulher, entretanto, não se considera aborto. A pena é elevada até cinco anos de prisão, quando o autor: a) age contra a vontade da mulher grávida; b) causa perigo de morte da gestante ou uma lesão corporal. Se a mulher pratica em si mesma o aborto, é punida com pena de prisão até um ano ou multa. A tentativa de aborto é punível, exceto no caso de aborto praticado pela própria gestante. A discussão ocorrida na Alemanha estava centrada no art. 218, 'a' do *StGB*, modificado por lei em 21.8.1995 (BGBl I S. 1050) assim redigido: "Exclusão da punibilidade do aborto. Não há aborto quando: 1. a mulher grávida assente com o aborto, praticado por médico que haja inspecionado e atestado a gravidez pelo menos três dias antes da interrupção da gravidez; 2. seja o aborto praticado por médico; 3. a concepção não tenha ocorrido há mais de 12 (doze) semanas". Outras hipóteses de exclusão do crime são: aborto praticado por médico, quando ocorre atual ou iminente risco ou perigo para a vida ou a saúde mental da mulher, sendo o aborto praticado com sua concordância; há exclusão, ainda, do crime, se a gravidez resulta de crime contra a liberdade sexual, desde que a gravidez não ultrapasse 12 (doze) semanas. O juiz pode deixar de aplicar a pena à gestante que, ao tempo da interrupção da gravidez estivesse em situação de penúria, conflito ou necessidade.

O problema em questão envolve o questionamento sobre quem, de fato, faz as leis? Os deputados eleitos pelo povo ou os juizes do Tribunal Federal Constitucional que não possuem qualquer legitimação democrática similar? Há, assim, uma *relação de tensão* entre a Constituição e a Democracia. Um método preciso para resolver os problemas decorrentes dessa relação precisa ser determinado.

### 3.2. Relação entre Constituição e Democracia

Para Dworkin (1999), a democracia necessita de uma Constituição. Ela regula, por exemplo, os procedimentos para as eleições. As condições de constitucionalidade de uma democracia são controvertidas quando a própria democracia fica restringida por direitos básicos ou humanos sobrepondo-se às decisões majoritárias.

Os direitos básicos (individuais), como a liberdade de expressão, direito à privacidade e à *independência moral*, podem incluir o *direito ao aborto*. A proteção do amplo espectro dos direitos humanos que estão associados ao constitucionalismo vão mais além do que é necessário para uma democracia. Isso implica reduzi-la. Pode-se dizer que uma Constituição, para realizar a democracia, deve conter *condições possibilitadoras*, como as regras sobre o processo democrático. A par delas existem outras condições, ditas limitantes, que também são essenciais para a própria democracia. Elas não reduzem ou debilitam a democracia. São suas pré-condições.

Assim, os direitos básicos não estão em contradição com a democracia, mas, sim, situam-se entre os seus requisitos essenciais. Numa democracia comunitária, os seus membros têm a obrigação de respeitar as decisões majoritárias e de obedecer as leis: *“Sólo por el hecho de que hemos nacido en una sociedad, tenemos obligaciones, y estas obligaciones incluye posiblemente la obligación política de obedecer la ley y de respetar una decisión mayoritaria”*.

Para que o indivíduo pertença a essa unidade de ação coletiva (democracia comunitária), são necessárias três condições: a) o indivíduo pode tomar parte do governo, votando; b) os interesses dos indivíduos devem prevalecer nas decisões de governo; c) o indivíduo deve possuir uma independência moral frente às decisões. Então, uma Constituição com direitos individuais básicos é uma condição essencial de uma democracia comunitária. Uma interpretação correta da Constituição, porém, deve ser feita segundo a moral. Portanto, o aborto deve ser proibido. Essa maneira de interpretar a própria Constituição, reconhece Dworkin (1999), é controvertida.

Para ele, o aborto é terrível. Uma outra pessoa (cético interno) poderá afirmar que esse posicionamento está errado e que o sentido moral pode compreender a admissão do aborto, estando a questão da moral fora do mundo real sendo ela apenas uma questão de verdade ou falsidade<sup>44</sup>. Para DWORKIN (1999), devemos crer no constitucionalismo.

<sup>44</sup> São questões que implicam posições morais substantivas.



A tarefa prévia está em colocar sob discussão qual a melhor interpretação dos direitos constitucionais que possuímos de modo abstrato. Essa interpretação, num sentido substancial, deverá ser feita em correspondência com o poder político que se tenha ganhado através de eleições democráticas<sup>45</sup>.

Para Habermas (1999), entretanto, deve se evitar falar sobre fatos morais: não há nada que corresponda, por exemplo, à afirmação de que ninguém deveria participar de um extermínio étnico. *Os direitos são criados*<sup>46</sup>. Dentre eles, alguns merecem reconhecimento universal. O direito, então, vale positivamente, quer dizer, se estabelece por meio de decisões e pode ser modificado quantas vezes se queira. Esse direito se impõe pela coação. Além disso, existe o direito de cada cidadão individual à autonomia privada, ou seja, o direito de fazer tudo o que não viola as leis.

O direito também deve provar sua legitimidade sob o aspecto da proteção da liberdade. A obrigatoriedade das normas jurídicas se funda nas resoluções coletivamente obrigatórias das instâncias legislativas e de aplicação jurídica. Isso importa numa *divisão de funções* entre os autores que estabelecem e aplicam o direito e os destinatários que estão a ele submetidos. A autonomia, no campo jurídico, aparece em forma dúplice de autonomia pública e privada.

Nessa idéia de autonomia pública e privada, apóia Habermas (1999) sua tese de que *o direito e a política se conjugam*. A autonomia privada se entrecruza com a pública de modo tal que esses discursos devem ser construídos com a ajuda do direito positivo, de modo que a autonomia privada é uma das propriedades do direito positivo moderno. Habermas (1999) sustenta que um procedimento democrático deve estar fundado em um laborioso *agir comunicativo*. A conexão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste em que o uso público da razão se satisfaz através dos direitos humanos.

Os direitos individuais são uma condição da democracia, porém, não existem de forma acabada. Sua interpretação e conformação é uma tarefa, em primeiro lugar, da criação de uma Constituição, porém, igualmente, da interpretação constitucional e da legislação<sup>47</sup>. O direito e a política se completam mutuamente. Estão entre si numa *relação dialética*.

---

<sup>45</sup> Na disputa, assim, entre democracia e Constituição, devemos pressupor a moral e os direitos básicos como um fato objetivo. Adota, assim, a linguagem do realismo moral.

<sup>46</sup> Para Habermas (1999), os direitos são criados quando se acomodam a um determinado tipo de *praxis*, isto é, quando merecem reconhecimento moral. Não há direitos pré-existentes.

<sup>47</sup> Habermas (1999) sustenta uma idéia dinâmica da criação constitucional. Uma Constituição não é algo definitivo, e, nesse sentido, cada lei individual representa uma interpretação dela e, além disso, um aperfeiçoamento dos princípios básicos que se encontram e se explicitam numa Constituição dada.

### 3.3. A verdade moral da interpretação constitucional

Sustenta Dworkin (1999) que, se tomamos as afirmações morais como verdadeiras ou falsas, independentemente das opiniões e crenças que sobre elas temos, defendemos um ponto de vista realista. Pelo contrário, se o que se obtém aceitação de fato for a verdade, defendemos, acatamos um ponto de vista anti-realista. Habermas (1999) critica o posicionamento de Dworkin (1999) para quem a verdade moral é independente de qualquer *práxis*, na qual se acorda sobre questões morais discutíveis. Se a verdade moral, diz Habermas (1999), é um fato objetivo, então ela somente pode ser conhecida mediante a razão, independente de nossa vontade.

Uma interpretação constitucional correta ou verdadeira, prossegue Habermas (1999), fundamenta-se em um procedimento que força mutuamente os cidadãos buscarem melhores razões. Não há, porém, razões concludentes. Se, no direito, queremos defender a distinção entre leis legítimas e ilegítimas, então, atribuímos a nós mesmos a capacidade de fazer essa distinção, ou seja, a capacidade de distinguir entre o correto e o incorreto. Essa necessidade funda-se no fato trivial de que devemos agir.

Se não há argumentos concludentes, a explicação sobre questões como moral, validade, legitimidade etc., deve ser buscada em termos de procedimentos nos quais oferecemos razões e convencemos os outros. A afirmação de que o aborto é ilegítimo se deve elaborar com *argumentos convincentes*. Quando uma afirmação sobrevive a esse procedimento, então fundamenta a conjectura de que é moralmente verdadeira, porém, nunca em termos de certeza definitiva. Se encontrarmos melhores razões, o procedimento de crítica pública deve começar novamente.

## 4. Controle de constitucionalidade e a transcendência da coisa julgada

### 4.1. A ampliação do controle de constitucionalidade pela transcendência da coisa julgada

Uma Constituição, de fato, precisa ser defendida por um Tribunal. Nas democracias modernas, com efeito, é difícil compreender o Estado sem uma *divisão de poderes*, com competências expressas, e, de outro lado, não há como negar a importante função do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário. “Em países como o Brasil, onde o texto constitucional não deixa nenhuma margem de dúvidas sobre a competência de as Cortes realizarem o controle de constitucionalidade das leis, a discussão estabelecida até aqui pareceria uma importação desafortunada” (SAMPAYO, 2002, p. 100).

O controle da constitucionalidade das leis, no Brasil, cabe diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por competência expressamente declarada<sup>48</sup>. Soma-se a esse controle (concentrado), o poder atribuído aos demais juízes, para negar a aplicação de qualquer lei inconstitucional ao caso concreto (controle difuso de constitucionalidade). Toda discussão, então, deverá ser travada não sob o ângulo da legitimação desse controle, mas, sim, “[...] para o seu alcance e grau de intervenção do tribunal, exigindo uma renovação cotidiana não da sua legalidade, mas da própria legitimidade da jurisdição constitucional, sob as ressalvas da crítica populista do caráter contramajoritário da Corte e as benesses de uma intervenção equilibrada, que reforce o pacto fundamental da comunidade” (SAMPAIO, 2002, p. 101).

Em matéria de limitação dos contornos processuais da jurisdição constitucional, não são adequados os instrumentos tradicionais do processo civil, pelas restrições que os limites objetivos da coisa julgada, nesse sítio, foram traçados<sup>49</sup>. O legislador, além disso, procurou discriminar em termos expressos as matérias excluídas da coisa julgada, no art. 469, I, II, III, CPC, de forma que não se submetem à *autorictas rei iudicatae*, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo<sup>50</sup>.

Numa ação em que o contribuinte argua a inconstitucionalidade de uma dívida tributária, em relação a determinado exercício, o juiz acolhe o pedido. “A solução dessa questão de direito constituiu motivo da decisão: sobre ela não se forma a coisa julgada. Com referência a outro exercício – e portanto a outra dívida – é lícito ao órgão judicial reapreciar a questão, eventualmente para considerar constitucional a mesma lei e julgar, por isso, que o tributo é devido” (MOREIRA, 1998, p. 93). Numa ação de despejo, alegando o proprietário que o locatário cometeu infração contratual grave, consistente em danificar o prédio alugado, o pedido é julgado procedente. Tampouco fica esse motivo coberto pela autoridade da coisa julgada: em processo posterior, se o proprietário vier a cobrar indenização do locatário, pelos prejuízos

<sup>48</sup> CF art. 102, I, ‘a’ e ‘I’, que tratam, especificamente, da *ação direta de inconstitucionalidade de lei*, bem como sobre a *reclamação* para garantia da autoridade de suas decisões.

<sup>49</sup> “Art. 468. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” O dispositivo, como mostra Moreira (1998), é muito semelhante ao § 322 do CPC alemão (ZPO): ‘*Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist*’ (As sentenças só podem fazer coisa julgada na medida em que se houver decidido sobre a pretensão deduzida na ação ou na reconvenção). De modo que a coisa julgada opera-se somente sobre o *thema decidendum*, como, v.g., no caso em que se pede alimentos, a *res iudicata* irá formar-se exclusivamente sobre a alegada dívida alimentar; se o autor está cobrando juros, unicamente a respeito desses e assim sucessivamente.

<sup>50</sup> O dispositivo legal (art. 469, I, II, III CPC) é redundante (MOREIRA, 1998, p. 92), limitando-se os dois últimos incisos a explicitar o conteúdo do primeiro, isto é, os fundamentos da sentença, não se compreendem na coisa julgada.

sofridos, poderá o órgão judicial rejeitar o pedido, entendendo que não ficou provado o fato da danificação (MOREIRA, 1998, p. 93).

Em relação a terceiros, a coisa julgada, da forma como está estruturada no Código de Processo Civil, “[...] jamais poderá atingir terceiros” (SILVA, 1998, p. 511)<sup>51</sup>, que recebem apenas os seus *efeitos reflexos*, como é o caso dos sucessores das partes originárias, o cessionário a título litigioso e o substituído na ação promovida pelo substituto processual (SILVA, 1998, p. 508). Essas figuras de terceiros, na verdade, não seriam estranhas à própria relação litigiosa, mas um simples prolongamento do direito controvertido na causa (SILVA, 1998, p. 508). Essa concepção mal se adapta às necessidades do controle de constitucionalidade, mormente concentrado, e às ingentes repercussões que a retirada de determinada lei do ordenamento pode ocasionar<sup>52</sup>.

Para o STF (BRASIL, 2004) é vinculante, além da própria decisão, que se submete à coisa julgada, também os motivos dela, ou seja, o efeito vinculante pode transcender a parte dispositiva da sentença, em sede de controle de constitucionalidade. No caso específico, tratava-se de ação ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, sustentando que a ordem de seqüestro de numerário público, determinada pelo TRT, 10ª Região, para pagamento de precatório já vencido, decisão baseada na EC n. 30/2000, teria violado o conteúdo essencial da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662/SP. Sucede que essa última decisão havia dado pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa n. 11/97 (TST) que equiparava a hipótese de *preterição do direito de preferência* ao caso de *não inclusão do débito no orçamento* do ente devedor à hipótese de pagamento inidôneo, firmando entendimento no sentido de que o seqüestro de verbas públicas somente é admissível se preterido o direito de preferência. Qualquer ato administrativo, continua o julgado, que determine o seqüestro de verbas públicas em desacordo com o art. 100 CF, releva-se contrário ao caso decidido e aos seus próprios fundamentos, desafiando a autoridade da decisão de mérito, sendo possível de ser impugnado por meio da reclamação. O julgado mereceu a ementa seguinte:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado

<sup>51</sup> De forma que seria impróprio aludir à eficácia da coisa julgada perante terceiros (SILVA, 1998, p. 511).

<sup>52</sup> Assim, por exemplo, na *ação declaratória de constitucionalidade*, a Corte se transforma numa espécie de legislador positivo (GOULART, 2005, p. 4).

de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. [...] 4. Ausente a existência de preterição que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

A ascendência dessa concepção é inequivocamente germânica (GOULART, 2005): o conteúdo extraído do dispositivo sentencial, bem como os fundamentos da decisão, vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros. O efeito vinculante (*Bindungsvirkung*) está previsto no § 31, I, da Lei da Corte Constitucional alemã, procurando maior eficácia às decisões do Tribunal Constitucional: “As decisões do TCFA vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados Federados, bem como todos os tribunais e autoridades” (GOULART, 2005, p. 6). Esse efeito vinculante obriga todos os órgãos, tribunais e autoridades da União e dos Estados, mas também todos os cidadãos diretamente, mesmo aqueles órgãos e pessoas que não haviam ingressado no processo. A sujeição aos efeitos vinculantes da decisão sofre críticas, dentre as mais destacadas a de Häberle (2003, p. ), que denuncia o engessamento dos demais tribunais:

A mesma idéia de ‘abertura’ deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31.º da LTCFA *afecta* apenas o acórdão ou também a *ratio decidendi* ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua função de ‘intérprete determinante e guardião da Constituição’ (E 40, 88[93]). Esta canonização da *ratio decidendi* deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual, dinâmica da Constituição. *Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à ratio decidendi, o ‘diálogo jurídico’ seria afectado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada.* A sociedade aberta dos interpretes da constituição ficaria, pelo menos em parte, ‘fechada’.

As consequências e repercussões do acolhimento da teoria do *Bindungsvirkung* são imprevisíveis: de um lado, a ótica da racionalização do processo de controle de constitucionalidade, e de sua almejada idéia de *uniformização interpretativa segundo a Corte Constitucional*; de outro, a possibilidade, já divisada por Häberle (2003), de paralisação e engessamento de toda atividade interpretativa das cortes inferiores, com grande concentração de poderes nas mãos de um só órgão judicial que passaria, assim, a atuar como catalisador de um único sentido do alcance constitucional. O caminho a ser percorrido está sendo pavimentado pelo STF, que já sinaliza para um novo norte constitucional: seria esse o caminho correto?

## 5. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 1987-0/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 21 de maio de 2004.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomia*. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho, n. 6, p. 55-70, abr. 1997.

GOULART, Clóvis Andrade. A reclamação no STF e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 747, 21 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

HÄBERLE, Peter. Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. *Direito Público*, n. 02, out./dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen; DWORKIN, Ronald. Impera el derecho sobre la política? *Revista Argentina de Teoria Jurídica da Universidade de Torcuato di Tella*, v. 1, n. 1, nov. 1999.

HAMILTON , Alexander; JAY, John; MADISON, James. (Org.). *O Federalista*. Tradução M. L. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, n. 14, p. 146, 1983.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 223-243, nov. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (Primeira Série).

SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ. José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, Karl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, 4. ed. São Paulo: RT, 1998, vol. I.